Münster 1936_No 25

Die Rechtsnatur freiwilliger nachträglicher Vergütungen für geleistete Arbeit

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster (Westf.)

vorgelegt von

Silvan Schulte

Gerichtsreferendar

aus Menden (Westf.).

1935

Gedruckt in der Buchdruckerei Breer & Thiemann G. m. b. H., Hamm (Westf.)

Referent: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Krückmann.
Korreferent: Prof. Dr. His.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern gewidmet!

Literaturverzeichnis

Anthes: Das Recht auf Weihnachtsgratifikation. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts. In „Der Arbeitgeber", 1930.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 7. Auflage. Stuttgart 1872.

Bartholdy: Der Begriff der Schenkung. Diss. Göttingen 1928.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

Brode: Ueber das Verhältnis der reinen Schenkung zur Schenkung von Todeswegen und zur sogenannten remuneratorischen Schenkung. Diss. Greifswald 1898.

Cahn: Gratifikationen. In „Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern". 1927.

Carpzov: Jurisprudentia forensis Romano-Saxonia, Lipsiae, 1668.

Cocceji, von: Jus civile controversium edit. VI. Lipsiae, 1766.

Eccius: Der Leibrentenvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches. In „Gruchots Beiträgen", Bd. 45.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. II, Berlin, 1873. 3. Auflage.

Fuchs: Der Gratifikationsanspruch des Arbeitnehmers. In „Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig". Heft 27. Berlin, 1931.

Gierke, von: Deutsches Privatrecht, III. Bd. (Schuldrecht), München und Leipzig, 1917.

Gierke, von: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig, 1889.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 20. Erlangen, 1819.

Gothofredus: Tractatus novus et practicus de salario. Genevae, 1666.

Gruchot's: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Gruchot: Ueber belohnende Schenkung. In „Gruchot's Beiträgen", Bd. 7.

Grünbaum: Der Rechtsanspruch auf Gratifikation. Diss. Göttingen, 1922.

Harburger: Die remuneratorische Schenkung. Diss. München, 1875.

Hancke: Der Ruhelohn (Ruhegehalt, Pension) im Arbeitsrecht. Diss. Göttingen, 1926.

Hilgers: Die rechtliche Natur der remuneratorischen Schenkung. Diss. Erlangen, 1897.

Horrwitz: Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. Berlin, 1905.

Hueck-Nipperdey:	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. 1, München-Berlin-Leipzig, 1931. 3.—5. Auflage.
Jäger:	Kommentar zur Konkursordnung. 6. und 7. Auflage. Berlin und Leipzig, 1931.
Kaskel-Dersch:	Arbeitsrecht. Berlin, 1932. 4. Auflage.
Kipp:	Kommentar zum Erbschaftssteuergesetz. Berlin, 1927.
Koch:	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Kommentar in Anmerkungen. Bd. I. Berlin und Leipzig, 1884.
Kommentar	von Reichsgerichtsräten. Bd. II. 7. Auflage. Berlin und Leipzig, 1929.
Krückmann:	Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, 1929. 5. Auflage.
Landsberger:	Gratifikationen. In „Gewerbe- und Kaufmannsgericht", Monatszeitschrift des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. 14. Jg. Nr. 9.
Langenhagen:	Die Rechtsnatur der bei Beendigung des Dienstverhältnisses wegen früher geleisteter Dienste zugesicherten Pension. Diss. Heidelberg, 1914.
Lehmann-Ring:	Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I. Berlin, 1914. 2. Auflage.
Leonhard:	Besonderes Schuldrecht des BGB. Im „Systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, begr. von Binding, herausgegeben von Oetker, 10. Abteilung, 2. Teil, 2. Bd. München und Leipzig, 1931.
Liebisch:	Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht. In „Leipziger rechtswissenschaftliche Studien". Heft 27. Leipzig, 1927.
Lotmar:	Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Bd. I. Leipzig, 1902.
Meyerfeld:	Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht. Marburg, 1835—1837.
Motive	zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin und Leipzig, 1888.
Oertmann:	Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin, 1923.
Oertmann:	Entgeltliche Geschäfte. München, 1912.
Pinellus:	Commentaria ad constitutiones Cod. de bonis maternis. Francofurti ad Moenum. 1614.
Planck's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 4. Auflage.
Praxis	des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von Bolze.
Protokolle	der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II. Berlin, 1898.
Pufendorf:	Observationes juris universi. 1744—1770.
Recht.	Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel.
Rechtsprechung	des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer.

Richrath:	Wesen und Inhalt des Schenkungsbegriffes nach deutschem bürgerlichen Recht. Diss. Erlangen, 1913.
Rümelin:	De donatione remuneratoria atque obligatione antidorali. Argentorati, 1673.
Savigny, von:	System des heutigen römischen Rechts. Bd. IV. Berlin, 1841.
Seeler, von:	Die Unentgeltlichkeit als Erfordernis der Schenkung. In „Glossen zur Praxis des Reichsgerichts". Halle, 1908.
Seufferts	Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, herausgegeben von Schütt.
Seuffert:	Praktisches Pandektenrecht. 4. Aufl. Würzburg, 1860—1872.
Siber:	Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. In „Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts". Bd. 70.
Staub's	Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. I. 12. und 13. Auflage. Berlin und Leipzig, 1926.
v. Staudinger's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band II, 2. Teil, 1928; Bd. II, 3. Teil, 1929. München-Berlin-Leipzig, 9. Aufl.
Thelen:	Entgeltliche Geschäfte ohne beiderseitige Leistungspflicht. In „Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen". Heft 11. Bonn/Berlin, 1934.
Titze:	Das kaufmännische Hilfspersonal. In „Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts". Bd. II, S. 545 ff. Leipzig, 1918.
Thur, von:	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd., 2. Hälfte. München und Leipzig, 1918.
Unger:	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. II. Leipzig, 1868.
Vangerow:	Lehrbuch der Pandekten. 7. Auflage. Marburg und Leipzig, 1863—1869.
Voss:	Die Rechtsnatur und Behandlung der Gratifikation. Diss. Göttingen, 1927.
Warneyer's	Jahrbuch der Entscheidungen.
Windscheid-Kipp:	Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. Frankfurt, 1900. 8. Auflage.
Zeiler:	Maklervertrag, Dienstvertrag und Schenkung. In „Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern", 1908.
Zeitschrift	für Rechtspflege in Bayern.

Inhaltsübersicht

A. Das Problem und seine Bedeutung 1

B. Geschichtlicher Ueberblick 2

C. Die Rechtslage nach geltendem Recht 7

I. Freiwillige nachträgliche Vergütungen für ursprünglich unentgeltlich geleistete Arbeit 8

1. Die Arbeitsleistung ist ohne Vorliegen eines Vertragsverhältnisses erfolgt 8

2. Die Arbeit ist auf Grund eines Vertrages unentgeltlich geleistet worden 13

II. Freiwillige nachträgliche Vergütungen für von vornherein vertraglich gegen Entgelt geleistete Arbeit 16

1. Die Entgeltlichkeit selbst ist von vornherein vereinbart, erst nachträglich erfolgt aber die Festsetzung der Höhe des Entgelts . . . 16

2. Freiwillige nachträgliche Gehaltserhöhungen, Gratifikationen und Ruhegehälter für geleistete Arbeit 18

D. Zusammenfassung 25

A.

Das Problem und seine Bedeutung

Die Fälle, in denen jemand freiwillig, d. h. ohne daß er sich von vornherein dazu verpflichtet hatte, einem anderen für von diesem geleistete Arbeit nachträglich eine Vergütung verspricht oder gewährt, spielen im Rechtsleben eine nicht unerhebliche Rolle.

Das sei an einigen Beispielen verdeutlicht:

Jemand errettet seinen bereits bewußtlosen Freund vom Tode des Ertrinkens, nachträglich verspricht dieser seinem Lebensretter eine Belohnung.

Ein Kellner erhält Trinkgeld.

Ein Hauseigentümer entlohnt einen Handwerker, obwohl er ursprünglich mit diesem abgemacht hatte, daß er in Anbetracht der langjährigen Geschäftsbeziehungen eine geringfügige Reparatur unentgeltlich ausführen solle.

Oder:

Ein Musikfreund nimmt bei einem Klavierlehrer Stunde, ohne mit ihm über die Höhe des Entgelts eine Vereinbarung zu treffen. Nachträglich werden 5.— RM. pro Stunde angesetzt.

Jemand verspricht seinem langjährigen Angestellten Gehaltserhöhung, auch für die Vergangenheit, oder gewährt ihm aus freien Stücken nachträglich eine Weihnachtsgratifikation oder ein Ruhegehalt.

Die Rechtsnatur dieser freiwilligen nachträglichen Vergütungen für geleistete Arbeit, insbesondere die Frage, ob und gegebenenfalls wann sie als Schenkungen oder als entgeltliche Geschäfte anzusehen sind, sowie welchem näheren Vertragstypus sie letzterenfalls wiederum unterliegen, ist in der Literatur, wenn auch wenig erörtert, so doch sehr bestritten. Auch die Rechtsprechung schwankt in der Behandlung der vorliegenden Fälle. Sie entscheidet, wie mir scheint, nicht nach den maßgebenden Gesichtspunkten, was leicht zu unbilligen Ergebnissen führt.

Eine Klärung des Problems ist aber um so mehr geboten, als es von weittragendster Bedeutung ist. Sind nämlich diese freiwilligen nachträglichen Vergütungen Schenkungen, so unterliegen sie demgemäß den für diese geltenden besonderen Regeln, sowie den vielen sonstigen, für unentgeltliche Geschäfte geltenden Sonderbestimmungen. Handelt es sich aber um entgeltliche Geschäfte, so kommen alle diese Regeln nicht zur Anwendung, vielmehr richten sich unsere Fälle dann nach den für diese geltenden Bestimmungen, insbesondere nach den Vorschriften über den Dienstvertrag. Im ersteren Falle

könnten daher solche nachträglichen Vergütungen gemäß § 518 BGB nur in gerichtlicher oder notarieller Form versprochen werden. Es ständen dem Geber das beneficium competentiae des § 519 BGB und, falls nicht § 534 BGB Platz greift, auch das des § 528 BGB, sowie das Widerrufsrecht wegen schwerer Verfehlungen oder groben Undanks zu. (§ 533 BGB.) Sind sie aber als entgeltliche Geschäfte anzusehen, so kommen diese Regeln nicht zur Anwendung, insbesondere wäre das Versprechen solcher Vergütungen formlos gültig. Die Bedeutung des Problems ergibt sich ferner aus der besonderen Behandlung der unentgeltlichen Geschäfte bei der ungerechtfertigten Bereicherung, (§§ 816, 822 BGB), und insbesondere in zahlreichen Bestimmungen des Familien- und Erbrechts. Die Erheblichkeit der Frage erhellt ferner aus der unterschiedlichen Behandlung, die den entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften bei der Anfechtung der Rechtsgeschäfte des Schuldners durch die Gläubiger im Konkursrecht, (§ 32 KO), und nach dem Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879, (§ 3 AG), zuteil wird. Die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte nämlich (mit Ausnahme der gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke), die der Schuldner im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung oder der Anfechtung abgeschlossen hat, können die Gläubiger anfechten, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner die Absicht hatte, sie zu benachteiligen. Endlich ist die Unterscheidung noch im Steuer- und Stempelrecht von Belang. So unterliegen Schenkungen, insbesondere auch belohnende Schenkungen, mit Ausnahme der „üblichen Gelegenheitsgeschenke", z. B. der Erbschaftssteuer. (Vgl. §§ 1, 3, IV, 18, I, Ziff. 16, Erb.St.G.)

Das mag den im folgenden unternommenen Versuch rechtfertigen, die Rechtsnatur der nachträglichen Vergütungen für geleistete Arbeit zu untersuchen, indem die möglichen Fälle aufgezeigt und erörtert werden, und demgemäß die Frage beantwortet wird, nach welchen Rechtsregeln sie jeweils zu behandeln sind.

B.

Geschichtlicher Ueberblick

Schon im römisch-gemeinen Recht[1]) war die Frage nach der Rechtsnatur nachträglicher Vergütungen für geleistete Dienste lebhaft umstritten. Das Problem wurde unter dem Gesichtspunkt erörtert, welches das Wesen der sogenannten remuneratorischen Schenkung sei. Remuneratorische Schenkungen nannte man solche Leistungen, die in der Absicht gemacht wurden, dem Empfänger eine von ihm erhaltene Wohltat oder einen von ihm geleisteten Dienst nachträglich zu vergelten. Die Frage wurde nun disjunktiv dahin gestaltet, ob die remuneratorische Schenkung ein entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft sei.

[1]) Ueber das ältere deutsche Recht, vgl. von Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. III., S. 421.

Nach einer Meinung handelt es sich bei diesen Geschäften um reine Schenkungen. Die remuneratorischen Schenkungen seien daher auch allen den Regeln, insbesondere auch den Beschränkungen unterworfen, die für die gewöhnlichen Schenkungen gälten. Diese Auffassung wurde im wesentlichen damit begründet, daß die Besonderheit der remuneratorischen Schenkungen nur in dem Motiv der Vergeltung liege. Das Wesen der Schenkungen sei aber von ihrem Motiv unabhängig und so auch von dem Vergeltungsmotiv.

Eine zweite Ansicht faßte die remuneratorischen Schenkungen als entgeltliche Geschäfte auf und wollte sie daher auch nach den für diese geltenden Grundsätzen behandelt wissen. Man berief sich zur Begründung insbesondere auf folgende Quellenstellen:

1.) 1. 27. D. 39,5;
2.) 1. 10. § 7. D. 15,3;
3.) 1. 19. § 1. D. 39,5;
4.) 1. 34. § 1. D. 39,5.

Andere Rechtslehrer wiederum vertraten vermittelnde Ansichten, indem sie die Rechtsregeln über die Schenkungen nur teilweise zuließen.

Die erste Meinung vertraten die Glossa ordinaria, (ad 1. 25. § 11 D. de her. pet. 5,3 und ad 1. 82. de reg. iur. 50, 17). Aber bereits Bartolus (ad 1. 27 D. de donat. 39,5) eröffnet die Reihe derer, die sich zu der zweiten Meinung bekennen. Arius Pinellus[2]) wiederum verteidigte die Ansicht der Glosse. Die Schriftsteller der folgenden Zeit bekannten sich jedoch zu der Ansicht des Bartolus, so u. a. Gothofredus[3]), Bened. Carpzov[4]) und G. U. Rümelin[5]). Samuel von Cocceji[6]) pflichtete wieder der ersten Meinung bei und seit ihm vertrat die herrschende Meinung wieder die Ansicht der Glosse, so C. F. Glück[7]), C. v. Savigny[8]), Windscheid-Kipp[9]), Harburger[10]), Hilgers[11]) und Brode[12]). Eine vermittelnde Meinung nahmen ein Frid. Es. Pufendorf[13]), J. A. Seuffert[14]), Vangerow[15]), Arndts[16]) und W. L. Meyerfeld[17]).

Der Lehre, wonach die remuneratorische Schenkung im römisch-gemeinen Recht ein oneroses Geschäft sein soll, kann nicht bei-

---

[2]) ad 1. 1. part. III. Nr. 60 ff.
[3]) c. 1. § 12.
[4]) p. II constit. 12 def. 35 Nr. 6.
[5]) a. a. O.
[6]) lib. 21 tit. 2 quaest. 6.
[7]) S. 241.
[8]) S. 88 ff.
[9]) Bd. II § 368.
[10]) S. 51 ff.
[11]) S. 23 ff.
[12]) S. 39.
[13]) I obs. 18, II obs. 5. § 8 u. § 10.
[14]) § 362 und § 588.
[15]) § 125.
[16]) § 83.
[17]) § 19.

gepflichtet werden. Die Quellenstellen, auf die sich die Anhänger dieser Meinung zum Beweise für ihre Ansicht berufen, handeln nämlich gar nicht von der remuneratorischen Schenkung, sondern von durch Recht oder Sitte gebotenen, animo solvendi gemachten nachträglichen Leistungen.

So vor allem die l. 27. D. 39,5 (Papinianus libro XXIX. Quaestionum):

Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripit: „quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo eoque uti"; defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et quum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. Quodsi expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit, quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi accepit.

Aus dieser Stelle geht hervor, daß in dem behandelten Falle die quaedam merces für den genossenen Unterricht gar keine Schenkung, sondern die in das Gewand einer Schenkung gekleidete Zahlung einer Schuld ist[18]).

Dasselbe gilt von der l. 10. § 7. D. 15,3 (Ulpianus libro XXIX. ad Edictum):

Si domini debitor sit servus et ab alio mutuatus ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet; quod excedit, vertit. Proinde si, quum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta creditori eius solverit vel familiam exhibuerit, dicendum erit de in rem verso in decem competere actionem aut, si tantundem debeat, nihil videtur versum; nam ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum. Et ideo sive debitor fuit domino, quum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum, idemque et si solverit ei. Plus dicit, et si tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum, si vero alias denavit, durare versum.

Hier hatte ein Sklave sich Geld geliehen, um eine Schuld seines Herrn zu bezahlen. Damit gewann er einen Anspruch gegen seinen Herrn aus dem Gesichtspunkt der negotiorum gestio. Zwischen dem Herrn und dem Sklaven konnte aber wegen der mangelnden Rechtsfähigkeit des letzteren nur eine Naturalobligation bestehen. Vergütete also der Herr dem Sklaven später einen der ausgelegten Summe entsprechenden Betrag, so machte er keine Schenkung, sondern erfüllte die Naturalobligation.[19])

[18]) Vgl. v. Savigny S. 95, 96, Harburger S. 15 ff, Hilgers S. 9 ff.
[19]) Vgl. Harburger S. 37, Brode S. 31.

Aehnlich verhält es sich mit der l. 19. § 1. D. 39,5 (Ulpianus libro LXXVI. ad Edictum):

Labeo scribit extra causam donationum esse talium officiorum mercedes, utputa si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris.

Auch hier handelt es sich nicht um eine remuneratorische Schenkung, sondern um einen in Stipulationsform geschlossenen Innominatkontrakt, also um eine rechtlich erzwingbare Leistung.[20])

Endlich sei noch erwähnt die l. 34. § 1. D. 39,5) (Paulus libro V. Sententiarum):

Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est; non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit.

Auch diese Quellenstelle kann nicht zur Begründung der Behauptung, die rumuneratorische Schenkung sei ein oneroses Geschäft, herangezogen werden, denn diese lex begründet nur für die Schenkung wegen Errettung aus Lebensgefahr insofern eine Ausnahme, als sie diese für unwiderruflich erklärt.[21])

Keine der für die Lehre von der onerosen Natur der remuneratorischen Schenkung im römisch-gemeinen Recht ins Feld geführten Quellenstellen beweist also die Richtigkeit dieser Anschauung. Die drei zuerst genannten Stellen haben mit der remuneratorischen Schenkung gar nichts zu tun, vielmehr handelt es sich dort um nachträgliche Vergütungen entgeltlichen Charakters, die zu Unrecht mit in den Bereich der remuneratorischen Schenkung gezogen worden sind, von ihr aber scharf getrennt werden müssen. Die an vierter Stelle genannte l. 34. § 1. D. 39,5 erklärt, wie dargetan, die Schenkung wegen Errettung aus Lebensgefahr lediglich für unwiderruflich. Als Ergebnis der erörterten Quellenstellen ist nach allem vielmehr festzustellen, daß im römisch-gemeinen Recht die remuneratorischen Schenkungen, mit Ausnahme der für die Schenkung wegen Errettung aus Lebensgefahr geltenden Einschränkung, nach den gewöhnlichen Schenkungsregeln zu behandeln waren. Es ist auch in der Tat nicht einzusehen, wieso in Anbetracht dessen, daß das Motiv bei der Schenkung ganz allgemein keine Rolle spielte, es beim Vergeltungsmotiv anders sein sollte. Auch die Insinuationsvorschrift war bei der remuneratorischen Schenkung ebenso am Platze wie bei der gewöhnlichen Schenkung; denn die Möglichkeit, leichtsinnig zu verschwenden, war hier um nichts geringer als bei den gewöhnlichen Schenkungen.

Damit, daß wir festgestellt haben, daß im römisch-gemeinen Recht die remuneratorische Schenkung nach Schenkungsregeln zu behandeln war, und daß die von den Vertretern der entgegengesetzten Meinung herangezogenen Fälle nachträglicher Vergütungen

[20]) Vgl. Harburger S. 25—27, Hilgers S. 11.
[21]) Vgl. Hilgers S. 19 ff.

entgeltlichen Charakters scharf von ihr zu trennen sind, ist jedoch für den Bereich des römisch-gemeinen Rechts die Frage nach der Rechtsnatur nachträglicher Vergütungen für geleistete Dienste keineswegs schon gelöst. Es ist damit lediglich erwiesen, daß es auch außerhalb der nach Schenkungsregeln zu behandelnden remuneratorischen Schenkungen noch nachträgliche Vergütungen für geleistete Dienste, nämlich solche entgeltlichen Charakters gab, daß das römisch-gemeine Recht also sowohl nachträgliche Vergütungen für geleistete Dienste unentgeltlichen, als auch solche entgeltlichen Charakters kannte. Die entscheidende weitere Frage, die nunmehr gestellt werden muß, ist folgende: Wann ist denn nun, ganz allgemein gesprochen, die nachträgliche Vergütung für geleistete Dienste eine nach Schenkungsregeln zu behandelnde remuneratorische Schenkung, und wann ein entgeltliches Geschäft, m. a. W. nach welchem allgemeinen Kriterium ist zu entscheiden, wann das eine und wann das andere vorliegt? Diese Frage konnte in der älteren gemein-rechtlichen Literatur nicht gestellt werden, weil ursprünglich alle nachträglichen Vergütungen für geleistete Dienste unter dem Gesichtspunkt der remuneratorischen Schenkung betrachtet wurden, und der Streit um die disjunktiv gestellte Frage ging, ob diese entgeltlicher oder unentgeltlicher Natur sei. Aber auch später, als sich im Anschluß an die Widerlegung der Meinung, daß es sich bei der remuneratorischen Schenkung um ein oneroses Rechtsgeschäft handele, die Erkenntnis durchsetzte, daß es nachträgliche Vergütungen für geleistete Dienste auch außerhalb der remuneratorischen Schenkung gebe, und zwar solche entgeltlichen Charakters, ist diese praktisch bedeutsamste Frage nur ganz vereinzelt und zudem nur ganz beiläufig behandelt, keineswegs aber geklärt worden. So stellt z. B. von Savigny[22]) auf die Absicht des Gebers der Vergütung ab, es sei also Tatfrage, während Unger[23]) die Absicht beider Parteien maßgebend sein läßt, indem er das Vorliegen einer Schenkung verneint, wenn diese das Verhältnis als Bezahlung der geleisteten Dienste ansehen. Im allgemeinen begnügte man sich aber damit, erkannt zu haben, daß es nachträgliche Vergütungen für geleistete Dienste sowohl entgeltlichen als auch unentgeltlichen Charakters gebe. Die gemeinrechtliche Rechtslehre ist somit bei der Lehre von der Rechtsnatur der nachträglichen Vergütungen für geleistete Dienste auf halbem Wege stehen geblieben.

Im preußischen Allgemeinen Landrecht werden nachträgliche Vergütungen für geleistete Dienste im Teil I Tit. 11, §§ 1169—1177 unter der Ueberschrift „Von belohnenden Schenkungen" behandelt. Die Bestimmungen darüber sind unklar. Das Rechtsinstitut wird dort weder als Schenkung noch als entgeltliches Geschäft, sondern nach beiden Gesichtspunkten behandelt.[24]) Die Rechtslehrer des Allgemeinen Landrechts betonen aber, daß es sich nur entweder um

[22]) S. 94.
[23]) § 99, Anm. 14.
[24]) Vgl. Koch Anm. 48 zu § 1169 daselbst.

gewöhnliche Schenkungen handeln könne oder aber um entgeltliche Geschäfte.[25]) Die Frage aber, wann das eine und wann das andere vorliege, beantworten auch sie nicht. Das Bayerische Zivilgesetzbuch von 1756 (p. III. c. 8 § 4, 8, 12, 13) behandelt unsere Fälle als entgeltliche Geschäfte, das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (Vgl. § 1064) als unentgeltliche, der Code civil erwähnt sie überhaupt nicht. Lediglich der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1861 (Th. I Art. 94) gibt ein Unterscheidungsmerkmal dafür an, wann eine nachträgliche Vergütung für geleistete Dienste Schenkung und wann sie entgeltliches Geschäft sei: im allgemeinen behandelt er diese als gewöhnliche Schenkungen, angemessene Vergütungen für solche Dienste aber, für die eine Vergütung üblich ist, sowie Vergütungen für Errettung aus Lebensgefahr sollen als entgeltliche Geschäfte angesehen werden.

In der älteren Rechtsprechung ging die Entwicklung in der Behandlung der Fälle nachträglicher Vergütungen für geleistete Dienste mit der der Rechtslehre conform. Auch hier unterwarf man unsere Fälle ursprünglich[26]) den Schenkungsregeln, später[27]) den Grunsätzen über entgeltliche Geschäfte. Auch in der Rechtsprechung setzte sich aber dann die Erkenntnis durch, daß Fälle nachträglicher Vergütungen für geleistete Dienste entgeltlichen und unentgeltlichen Charakters zu unterscheiden seien. Gelegentlich wurde entsprechend der Ansicht von Savignys auch in der älteren Rechtsprechung ganz beiläufig erwähnt, daß es hinsichtlich der Frage, wann das eine oder das andere vorliege, auf die Absicht des Gebers der Vergütung ankomme.[28])

Auch die landesrechtlichen Kondifikationen sowie deren Rechtslehrer und ältere Rechtsprechung haben also das Problem der Rechtsnatur der nachträglichen Vergütungen für geleistete Arbeit nicht zur Klärung gebracht.

C.

Die Rechtslage nach geltendem Recht

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat besondere Bestimmungen über die nachträgliche Vergütung geleisteter Dienste nicht getroffen. Insbesondere ist ihm auch die remuneratorische Schenkung als besondere Rechtseinrichtung fremd.[29]) Die Motive[30]) sagen hierüber folgendes: „Aus dem Schweigen des Gesetzes ergibt sich, daß auch die sogenannte belohnende (remuneratorische) Schenkung gleich jeder

[25]) Vgl. Förster S. 33, Gruchot S. 160.
[26]) Vgl. z. B. Seuff. Arch. Bd. I. Nr. 55, Bd. 4 Nr. 118.
[27]) Vgl. z. B. Seuff. Arch. Bd. 8, Nr. 132, Bd. 13, Nr. 26.
[28]) Seuff. Arch. Bd. 18, Nr. 37, Bd. 18, Nr. 38, Bolze Bd. VII Nr. 418.
[29]) von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches S. 225, bedauert dies.
[30]) Mot. Bd. II. S. 289.

anderen, welche auf diesem oder jenem Motive des Schenkers beruht, als eine gewöhnliche Schenkung zu gelten hat. Die Ausnahmen, welche in der Gesetzgebung für die belohnende Schenkung hinsichtlich der Form und des Widerrufs gemacht sind, hat der Entwurf nicht aufgenommen." Die remuneratorischen Schenkungen sollen also den gewöhnlichen Schenkungsregeln unterworfen sein. Wann aber eine nachträgliche Vergütung Schenkung ist und wann eine entgeltliche Leistung, darüber wird nichts gesagt. Auch in den Protokollen wird die remuneratorische Schenkung nicht als besonderes Rechtsinstitut behandelt. Insbesondere wird zum Ausdruck gebracht, daß die remuneratorische Schenkung nicht mit den Pflicht- und Anstandsschenkungen, bei denen der Widerruf auszuschließen sei, identifiziert werden dürfe. Es heißt dort:[31]) „Hervorgehoben wurde endlich noch, daß die Frage, ob bei sogenannten remuneratorischen Schenkungen der Widerruf stattfinde, nicht allgemein, sondern nur nach den besonderen Umständen des Falles entschieden werden könne. Enthalte eine solche Schenkung neben der Vergütung eine erhebliche Liberalität auf Seiten des Gebers, so bestehe kein Grund, den Widerruf auszuschließen. Diejenigen Fälle dagegen, in welchen die Liberalität im Verhältnisse zu den geleisteten Diensten nur gering sei, werden unter den Begriff der Anstandsschenkung fallen." Auch die Protokolle unterwerfen also die remuneratorischen Schenkungen den Schenkungsregeln. Wann aber nachträgliche Vergütungen für geleistete Dienste Schenkungen und wann entgeltliche Rechtsgeschäfte seien, darüber geben auch sie keine Auskunft. Die Klärung der Frage nach der Rechtsnatur nachträglicher Vergütungen für geleistete Dienste bleibt somit der Wissenschaft und der Praxis vorbehalten.

I.

Freiwillige nachträgliche Vergütungen für ursprünglich unentgeltlich geleistete Arbeit.

1.

Die Arbeitsleistung ist ohne Vorliegen eines Vertragsverhältnisses erfolgt.

Fälle solcher Art, in denen jemand für einen anderen unaufgefordert, d. h. ohne vertraglich oder sonst rechtlich ihm gegenüber dazu verpflichtet zu sein, tätig geworden ist, und der andere ihm nachträglich dafür eine Vergütung verspricht oder gewährt.

Zum Beispiel:

1. Jemand errettet seinen bereits bewußtlosen Freund vom Tode des Ertrinkens; später verspricht ihm der Gerettete dafür eine Belohnung.

2. Ohne von dem Berechtigten dazu beauftragt zu sein, hat jemand eine Wiese gemäht. Er erhält dafür von jenem 5.— RM.

[31]) Prot. Bd. II. S. 37.

3. Ein Lebemann verspricht seiner Geliebten, mit der er lange Jahre in wilder Ehe gelebt hat, als er eine andere Frau heiratet, eine größere Summe.

4. Der Sohn der Wirtin, ein Schuhmacher, hat unbeauftragt die Schuhe des Mieters repariert. Dieser gewährt ihm dafür die übliche Vergütung.

5. Der Gast zahlt dem Kellner Trinkgeld.

6. Ein Makler, der erfahren hat, daß ein Hauseigentümer sein Haus verkaufen will, verschafft ihm, ohne Auftrag erhalten zu haben, einen Käufer. Der Käufer gewährt ihm dafür nachträglich eine Vergütung.

Welcher Rechtsnatur sind die in diesen Fällen, in denen der Arbeitleistende unaufgefordert tätig geworden ist, nachträglich zugebilligten Vergütungen?

Nach einer Meinung soll es lediglich auf den Willen einer oder auch beider Parteien ankommen. So führt Kipp[32]) aus, in unseren Fällen sei die Leistung dann Schenkung, wenn der, dem die Dienste geleistet wurden, zwar mit Rücksicht auf die empfangenen Dienste, aber in dem Gedanken handelte, daß er nicht Unrecht tun würde, wenn er die Leistung nicht mache. Werde der Empfänger der Dienste aber von dem Gedanken geleitet, daß für ihn eine sittliche oder Anstandspflicht bestehe, so liege keine Schenkung vor, sondern ein entgeltliches Geschäft. Von Seeler[33]) hält dafür, daß keine Schenkung vorliege, sondern ein entgeltlicher Vertrag, wenn anzunehmen sei, daß der Dienstleistende nach der Intention der Parteien durch diese Gabe entlohnt werden sollte. Er fordert außerdem noch, daß die Vergütung im Verhältnis zur Arbeitsleistung eine angemessene sei. Zeiler[34]) führt aus, es liege nahe, in dem nachträglichen Versprechen einer Vergütung an den Makler, der ohne Maklervertrag tätig geworden sei, eine Schenkung zu erblicken. Jedoch sei zu beachten, daß zur Schenkung Einigkeit der Parteien über die Unentgeltlichkeit gehöre. Es komme also auf den subjektiven Standpunkt der Parteien an. In den vorliegenden Fällen sei in der Regel nicht anzunehmen, daß diese Einigung bestehe. Der Versprechende wolle durchweg nicht eine unentgeltliche Zuwendung machen, sondern mit dem anderen einen Dienstvertrag abschließen. Auf welche Weise dies geschehe, wieso also das nachträgliche Versprechen der Vergütung für die geleistete Arbeit entgeltlichen Charakter erhalten könne, darüber sagt er nichts Näheres. Auch das Reichsgericht läßt für die Rechtsnatur der nachträglichen Vergütungen für Arbeit, die zunächst unaufgefordert geleistet worden ist, die Absicht der Parteien maßgebend sein. So verneinte es in einem solchen Falle[35]) das Vorliegen einer Schenkung, weil der Beklagte sich zur Zahlung der Vergütung verpflichtet gehalten und daher die zur Schenkung

[32]) Anm. 140 zu § 3 Erb.St.G.
[33]) S. 71 in Verb. mit S. 64, 1. und 5. Abs.
[34]) S. 396 unter 3.
[35]) RG Bd. 74/141.

erforderliche Einigung über die Unentgeltlichkeit gefehlt habe. Desgleichen wurde in einem anderen Falle[36]) das Versprechen einer größeren Summe an die langjährige Geliebte deshalb nicht als Schenkungsversprechen angesehen, weil die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit nicht vorgelegen habe. In einem ähnlich gelagerten Falle[37]) führt das Reichsgericht aus, daß, wenn die Dienste ohne Verpflichtung auf der einen und ohne Lohnversprechen auf der anderen Seite geleistet worden seien, die Entscheidung, ob die nachträgliche Vergütung derselben Schenkung oder ein entgeltliches Geschäft sei, davon abhänge, ob die geleisteten Dienste nur als Beweggrund für eine freie Gabe gewirkt hätten, die von der Gegenseite in demselben Sinne angenommen sei, oder ob sie auf der einen Seite das Gefühl einer wirklichen Schuld, oder auf der anderen das Gefühl eines wirklichen Anspruchs hervorgerufen hätten und ob das geleistete Entgelt in der Annahme gegeben oder genommen worden sei, daß dadurch die Schuld abgetragen, die Dienste bezahlt werden sollten.

Von Thur[38]) will unsere Fälle durch analoge Anwendung der §§ 675, 684 S. 2 BGB lösen. Wie ein Geschäftsführer, der unentgeltliche Dienste leiste, durch Genehmigung die Ansprüche eines Beauftragten erwerbe, so müsse jemand, der in Besorgung fremder Geschäfte Dienste leiste, die den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten seien, bei Genehmigung seiner Geschäftsführung den Lohn erhalten, der ihm nach § 612 I BGB bei Abschluß des Dienstvertrages gebühren würde. Da das Gesetz im § 675 BGB ein Vertragsverhältnis geschaffen habe, welches man als bezahlten Auftrag bezeichnen könne, so müsse es eine dementsprechende negotiorum gestio mit Vergütung der Arbeitsleistung geben.

Den vorgenannten Meinungen kann nicht beigepflichtet werden.

Der Ansicht, wonach es bezüglich der Rechtsnatur der nachträglichen Vergütungen für unaufgefordert geleistete Arbeit lediglich auf den Willen einer oder beider Parteien ankommen soll, ist folgendes entgegenzuhalten. Damit eine Schenkung vorliege, ist zwar erforderlich, daß zwischen den Parteien Einigung über die Unentgeltlichkeit bestehe. Fassen nun eine oder beide Parteien die Vergütung als Entgelt auf, so liegt diese Einigung nicht vor, und von einer Schenkung kann dann allerdings keine Rede sein. Daraus folgt aber doch nun noch nicht, daß dann ein entgeltlicher Vertrag vorläge. Die vielleicht gar nicht nach außen hervorgetretene Absicht bloß einer Partei kann die nachträgliche Vergütung nicht zu einer entgeltlichen machen, die causa für die Zuwendung könnte ja höchstens durch die Einigung beider Parteien geschaffen werden. Damit in unserem Falle die nachträgliche Vergütung eine entgeltliche sei, genügt es aber auch nicht, daß beide

[36]) RG Bd. 98/177.
[37]) RG in Gruch. Beitr. Bd. 73 (1933) S. 481.
[38]) § 72 Anm. 179.

Parteien sie als entgeltliche auffassen. Es muß auch objektiv eine entgeltliche Leistung vorhanden sein; ist das nicht der Fall, so kann der Wille der Parteien das Fehlende nicht ersetzen. Ebensowenig würde umgekehrt, wenn objektiv eine entgeltliche Leistung vorläge, diese durch die Einigung der Parteien darüber, daß sie unentgeltlich sein solle, zur Schenkung.[39]) Auf die Auffassung einer oder beider Parteien kann es daher nicht ankommen.

Ob die nachträglich zugebilligte Vergütung für die unaufgefordert geleistete Arbeit unentgeltlicher oder entgeltlicher Natur ist, darüber entscheidet die von dem Arbeitleistenden bei der Leistung kundgegebene, oder aus den Umständen zu entnehmende Willenserklärung.

Es bestehen zwei Möglichkeiten.

Die erste ist die, daß der Arbeitleistende ausdrücklich zu erkennen gab, oder daß aus den Umständen zu entnehmen ist, daß er nur gegen Entgelt tätig werden wollte. Das letztere wird insbesondere im gewöhnlichen Verkehr mit Fremden anzunehmen sein. Eine andere Annahme ist nur dann gerechtfertigt, wenn besondere Umstände dagegen sprechen, etwa freundschaftliche Beziehungen, Höflichkeitsakte oder verwandtschaftliche Verhältnisse. So wird man in den zu Anfang dieses Abschnitts angeführten Beispielen, mit Ausnahme des unter Nr. 1 genannten Falles, in dem jemand seinen Freund vom Tode des Ertrinkens errettet, anzunehmen haben, daß die unaufgefordert Tätiggewordenen eine Vergütung erwarteten. Soweit diese Absicht besteht, ist mit Oertmann[40]) in der Vornahme des Geschäftsführungsaktes oder der Mitteilung über die Ausführung, ein Antrag auf Abschluß eines entgeltlichen Dienstvertrages oder auch eines Werk- oder Maklervertrages zu erblicken, je nachdem, ob die Tätigkeit auf Leistung der Dienste an sich, oder auf Herstellung eines Erfolges, oder auf das Zustandekommen eines vermittelten Vertrages gerichtet war. So liegt in der Tätigkeit der Arbeitleistenden in den Fällen Nr. 3 und 5 ein Antrag auf Abschluß eines Dienstvertrages, in den Fällen Nr. 2 und 4 auf Abschluß eines Werk- und im Falle Nr. 6 auf Abschluß eines Maklervertrages. Es handelt sich also jeweils um eine Realofferte, die dann entweder durch das Versprechen einer Vergütung, oder aber auch durch die reale Zahlung derselben angenommen wird, wodurch der Vertrag zustandekommt. Damit werden also sowohl die geleistete Arbeit als auch die nachträglichen Vergütungen entgeltliche Leistungen, weil durch den Vertrag die erforderliche rechtliche Verknüpfung zwischen beiden erfolgt ist. Es ist kein Grund vorhanden, der gegen die Annahme spräche, daß solche Verträge nicht auch als Realkontrakte geschlossen werden könnten. Dienst-, Werk- und Maklervertrag

[39]) Vgl. Krückmann S. 401, Staudinger zu § 516 Anm. I, 2cγ, RGR-Komm. zu § 516 Anm. 4, RG Bd. 105/249.

[40]) Entgeltliche Geschäfte S. 38.

sind zwar im Bürgerlichen Gesetzbuche als Versprechungsgeschäfte geregelt. Wie aber alle vom Gesetz geregelten Vertragstypen, soweit sie nicht ausnahmsweise zwingender Natur sind, durch die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit abgewandelt werden können, so müssen die Parteien auch die als Versprechungsgeschäfte geregelten Verträge als Realkontrakte schließen können. Die Tätigkeit des Arbeitleistenden bedeutete dann also eine antizipierte Erfüllungshandlung auf einen abzuschließenden entgeltlichen Vertrag hin. Solche antizipierten Erfüllungshandlungen finden sich, was Oertmann[41]) nachgewiesen hat, auch beim Kauf, wenn der Verkäufer dem Käufer durch Zusenden der Ware eine Realofferte macht. Dann hat der Verkäufer die Pflichten, die ihm der evtl. abzuschließende Kaufvertrag auferlegen würde, nämlich die Besitz- und Eigentumsverschaffungspflicht, schon vorher erfüllt. Aehnlich hat in unseren Fällen der Tätiggewordene die Pflichten, die ihm der abzuschließende Dienst-, Werk- oder Maklervertrag auferlegen würde, schon vorher geleistet. Was dort möglich ist, muß auch hier möglich sein. In diesen Fällen ist also die nachträgliche Vergütung eine entgeltliche, nämlich die auf Grund des Dienst-, Werk- oder Maklervertrages erfolgende Gegenleistung für die geleistete Arbeit. Damit wird die analoge Anwendung der §§ 675, 684 S. 2 BGB, wie sie von Thur vorgeschlagen hat, überflüssig. Wenn sofort gezahlt wird, so deshalb, weil das Geschäft ja dann von beiden Seiten erledigt ist. Wenn aber der Geschäftsherr zunächst nur das Zahlungsversprechen abgibt, so kommt ja dadurch der Vertrag zustande. Auch dann ist also die Analogie überflüssig. Dasselbe gilt aber auch, wenn ein Zahlungsversprechen oder eine Zahlung nicht erfolgen, ein Vertrag also nicht zustande kommt, denn dann fehlt es der Leistung am Rechtsgrund und der Arbeitleistende kann sie oder ihren Wert, nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung kondizieren.[42])

Es besteht aber noch eine zweite Möglichkeit, nämlich die, daß der Arbeitleistende zu erkennen gibt, oder daß aus den Umständen zu entnehmen ist, daß er ein Entgelt für seine Tätigkeit nicht wollte. Wenn in diesem Falle der Geschäftsherr die Vergütung nur als Entgelt anbieten will, so kann ein Vertrag nicht zustande kommen und die etwa geleistete Vergütung kann der Geschäftsherr kondizieren. Eine nachträgliche Vergütung kann der Geschäftsherr dann vielmehr nur als Schenkung, das Versprechen einer Vergütung nur als Schenkungsversprechen anbieten. Dann handelt es sich um eine belohnende Schenkung. Kommt nun eine solche belohnende Schenkung zustande, so fragt es sich weiter, welchen Rechtsregeln sie unterworfen ist. Schon oben ist dargetan worden, daß dem BGB die belohnende Schenkung als besondere Rechtseinrichtung fremd ist. Die belohnenden Schenkungen sind also den Schenkungsregeln

[41]) a. a. O. S. 42.
[42]) Vgl. Liebisch S. 36.

unterworfen.[43]) Hervorzuheben ist, daß sie sich nicht mit den im § 534 BGB genannten Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, decken.[44]) Die belohnenden Schenkungen werden zwar meistens unter § 534 BGB fallen, also nicht der Rückforderung und dem Widerrufe unterliegen, durchaus aber nicht immer. Die Begriffe kreuzen sich vielmehr: nicht jede Schenkung, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht, ist eine belohnende Schenkung, nicht alle belohnenden Schenkungen sind Pflicht- oder Anstandsschenkungen. Unterstütze ich z. B. einen hilfsbedürftigen Verwandten, der keinen Rechtsanspruch auf Unterhaltsgewährung gegen mich hat, so ist das zwar eine unter § 534 BGB fallende Schenkung, nicht aber eine belohnende. Hat andererseits jemand unaufgefordert, und ohne daß er ein Entgelt dafür erwartete, Arbeit für mich geleistet, die für mich nicht den geringsten Wert hatte, und belohne ich ihn trotzdem, so ist das zwar, wie oben dargelegt, eine belohnende Schenkung, man wird aber angesichts der Zwecklosigkeit der Dienste nicht sagen können, daß sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspräche. Eine belohnende Schenkung kann aber auch teils unter § 534 BGB fallen, teils den gewöhnlichen Schenkungsregeln unterworfen sein.[45]) Entspricht nämlich der Sitte nur eine geringe Belohnung, geht aber die Gabe über das Maß hinaus, so ist sie, insoweit das letztere zutrifft, nach den gewöhnlichen Schenkungsregeln zu behandeln, im übrigen aber nach § 534 BGB.

2.

Die Arbeit ist auf Grund eines Vertrages unentgeltlich geleistet worden.

Fälle, in denen die Parteien vertraglich festgelegt hatten, daß der Arbeitleistende unentgeltlich tätig werden solle, der Empfänger der Arbeitsleistung aber später trotzdem eine Vergütung verspricht oder gewährt:

Ein Hausbesitzer vereinbart mit einem Dachdecker, der schon seit Jahren für ihn alle erforderlichen Dacharbeiten ausgeführt hat, daß er eine kleine Ausbesserung unentgeltlich vornehme. Später verspricht er ihm trotzdem eine Entlohnung. Als was ist hier diese nachträgliche Vergütung zu werten?

Das Reichsgericht stellt auch in den hier behandelten Fällen auf den Willen beider Parteien ab, jedenfalls insoweit, als es auch hier das Vorliegen einer Schenkung verneint, wenn beide Teile die

[43]) Vgl. Staudinger Vorbem. IV, 6 zu § 516, RGR-Komm. § 534 Anm. 1.
[44]) Vgl. auch Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. III, S. 433.
[45]) Vgl. RGR-Komm. § 534 Anm. 1; Planck Bem. 2 zu § 534.

Vergütung als Bezahlung der geleisteten Dienste auffaßten.[46]) Im Gegensatz zu den unter I, 1. genannten Fällen scheint das Reichsgericht hier aber nicht daraus auch noch den, wie oben dargetan, unrichtigen Schluß zu ziehen, daß dann ein entgeltlicher Vertrag schon deshalb vorliege, weil die Parteien es so auffaßten. In der Entscheidung RG Bd. 72 S. 191 hält das Reichsgericht es in diesen Fällen vielmehr nur dann für möglich, der Vergütung einen entgeltlichen Charakter zu verleihen, wenn die Parteien nachträglich mit rückwirkender Kraft das unentgeltliche Rechtsverhältnis durch ein entgeltliches ersetzen können. Die Frage, ob die Parteien dies können, wird dort offen gelassen. In einer späteren Entscheidung[47]) wird sie ganz nebenbei bejaht, allerdings ohne Begründung und unter Bezugnahme auf die oben erwähnte Entscheidung, offenbar unter Verkennung der Tatsache, daß dort die Frage nicht entschieden worden war.

Auch Liebisch[48]) meint, in Fällen dieser Art seien die nachträglichen Vergütungen nur dann entgeltliche, wenn die Parteien den ursprünglichen, auf unentgeltliche Arbeitsleistung gehenden Vertrag mit rückwirkender Kraft aufhöben und durch einen neuen ersetzten, durch den die Arbeitsleistung mit der Vergütung in Beziehung gesetzt werde. Dies sei möglich. § 812 Abs. I S. 2 BGB erwähne die Möglichkeit, daß der rechtliche Grund einer erfolgten Leistung später wieder wegfalle. Allgemein werde nun gelehrt, daß der Rechtsgrund durch ungewisse, nicht in der Macht der Parteien liegende Umstände oder auch durch einseitige Rechtsbehandlungen wegfallen könne. Wenn nun der Wegfall einem ungewissen Umstande oder der Rechtshandlung einer Partei überlassen werden könne, so müsse diese Wirkung auch durch Parteivereinbarung erzielt werden können. Es sei aber nicht einzusehen, weshalb die Parteien hierbei stehen bleiben müßten und darüber hinaus nicht auch einen anderweitigen Rechtsgrund vereinbaren könnten, den sie an die Stelle des alten setzten. Aehnliches führt auch Siber[49]) aus, indem er darauf hinweist, daß das Gesetz eine Aufhebung von Verträgen mit rückwirkender Kraft durch einseitiges Rechtsgeschäft ja auch beim Rücktritt kenne. Wirkungen, die unter bestimmten Voraussetzungen durch einseitiges Parteivorgehen erzielt werden könnten, müßten im allgemeinen aber auch ohne diese Voraussetzungen zum Inhalt einer Vereinbarung gemacht werden können.

Von anderer Seite wird entschieden bestritten, daß die Parteien die Möglichkeit besitzen, eine Vereinbarung mit rückwirkender

[46]) Vgl. insbesondere RG Bd. 72/191; ferner Bd. 94/159; Bd. 94/324, sowie auch die Entscheidung des OLG Bamberg in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, S. 454.

[47]) RG Bd. 75/327.

[48]) S. 37.

[49]) S. 253, 280. Vgl. hierzu fern. Jäger, Anm. 1 zu § 32 KO; Thelen, S. 12, sowie auch Leonhard S. 117. Sich widersprechend: Oertmann a. a. O. S. 30, S. 42.

Kraft zu treffen. So lehrt von Thur,[50]) eine einmal vereinbarte causa könne nicht nachträglich verändert werden, weshalb in unseren Fällen für die ursprünglich vereinbarungsgemäß unentgeltlich geleisteten Dienste auch nicht nachträglich mit rückwirkender Kraft Entgeltlichkeit ausgemacht werden könne. Die nachträgliche Vergütung könne daher nur Schenkung sein. Rückwirkende Kraft könne überhaupt nicht vom Parteiwillen hergestellt werden, sondern vom Gesetz. Auch der Kommentar von Reichsgerichtsräten[51]) und Staudinger[52]) bemerken, in unseren Fällen könne das nachträgliche Entgelt nur Schenkung sein.

Zu allem diesem ist folgendes zu sagen. Eine Aufhebung des alten, auf unentgeltliche Arbeitsleistung gehenden Vertrages ist überhaupt nicht erforderlich, aber auch nicht möglich, denn dieser Vertrag ist durch Erfüllung bereits erloschen. (§ 362 BGB.) Es kann aber auch kein neuer Vertrag geschlossen werden, der in der Weise anstelle der alten Vereinbarung träte, daß er mit rückwirkender Kraft die in der Vergangenheit liegende Arbeitsleistung in die rechtliche Verknüpfung zu der Vergütung setzte. Eine Rückwirkung an sich ist logisch überhaupt nicht denkbar, denn etwas in der Vergangenheit Liegendes kann rückwärtshin nicht mehr geändert werden. Die Tatsache, daß damals die Arbeit unentgeltlich geleistet worden ist, kann nicht mehr aus der Welt geschafft werden. Immer ist die Annahme einer Rückwirkung eine reine Fiktion, so auch beim Rücktritt. Eine solche Fiktion wäre zwar auch hier möglich, macht aber die spätere Vergütung nicht zu einer entgeltlichen. Es wäre ja möglich, daß die Parteien einen Vertrag schlössen, in dem sie alles so behandelten, als ob sie von vornherein die Arbeitsleistung in die rechtliche Verknüpfung zu einer Vergütung gesetzt hätten. Sie würden damit also fingieren, daß die Vergütung eine entgeltliche sei. Durch die Fiktion, daß etwas entgeltlich sei, wird aber nichts entgeltlich. Ganz abgesehen davon verstößt diese umständliche Konstruktion auch gegen die wissenschaftliche Aesthetik. Die Parteien werden auch regelmäßig an alles dies gar nicht denken, so daß man mit ganz willkürlichen Unterstellungen operieren müßte.

Auf einfachere Weise kommt man hier vielmehr zu einem billigen Ergebnis mit Hilfe des sogenannten titulus adquirendi.[53]) Der titulus adquirendi ist Bestandteil eines jeden Forderungsrechts. Das Forderungsrecht besagt an sich nur, daß der Berechtigte die Leistung fordern dürfe, nicht aber, daß er sie behalten könne, sei es dauernd, sei es auf vorübergehende Zeit. Dies besagt vielmehr der titulus adquirendi. Bei der Naturalobligation ist der titulus adquirendi das einzige, was von der Forderung übrig geblieben ist. Er besagt dort: Ein Zwang, daß geleistet werden soll, kann zwar nicht ausgeübt werden, es ist aber nicht mehr als recht und billig,

[50]) S. 90 ff, insbesondere S. 91, Anm. 177.
[51]) § 516 Anm. 4.
[52]) § 516 Anm. I. 2cy.
[53]) Vgl. zum Folgenden Krückmann S. 400 ff, 200 ff.

daß geleistet wird: wenn geleistet worden ist, so kann die Leistung nicht zurückgefordert werden, der Empfänger darf sie vielmehr behalten. Der titulus adquirendi schafft also für den Empfänger eine Rechtsstellung, die die an ihn erbrachte Leistung als wünschenswert und gerechtfertigt erscheinen läßt. Der titulus adquirendi ist jedoch nicht notwendigerweise bloßer Bestandteil eines Forderungsrechtes, er kann vielmehr auch für sich allein vorkommen. Und zwar ist er immer dann als vorhanden anzusehen, wenn eine vertragliche Leistung erbracht worden ist, die eine Gegenleistung als berechtigt erscheinen läßt. Er wird also durch die auf Grund des Vertrages erfolgte Vorleistung für den Leistenden geschaffen. Das kommt in unseren Fällen in Frage. Durch die auf Grund des alten Vertrages erbrachte Arbeitsleistung hat der Arbeitsleistende einen titulus adquirendi erhalten, der das Versprechen oder die Leistung der Vergütung an ihn rechtfertigt. Er ist das einzige, was von dem im übrigen totliquidierten Vertrage übrig geblieben ist. Der titulus adquirendi schließt jede Unentgeltlichkeit (nicht nur eine Schenkung) aus und damit die Anwendbarkeit aller für unentgeltliche Zuwendungen geltenden Bestimmungen. Ebensowenig wie die Erfüllung einer Naturalobligation eine unentgeltliche Leistung ist, ebensowenig ist hier das Versprechen oder die Leistung einer Vergütung unentgeltlicher Natur. Der titulus adquirendi stellt vielmehr die erforderliche Beziehung zwischen der Arbeitsleistung und der Vergütung her und rechtfertigt somit die letztere. Jedoch deckt der titulus adquirendi die nachträglich versprochene oder geleistete Vergütung nur innerhalb angemessener Grenzen. Was über das Angemessene hinausgeht, ist Schenkung und zwar belohnende Schenkung, für die das oben unter I, 1 am Ende Gesagte gilt.

II.

Freiwillige nachträgliche Vergütungen für von vornherein vertraglich gegen Entgelt geleistete Arbeit.

1.

Die Entgeltlichkeit selbst ist von vornherein vereinbart, erst nachträglich erfolgt aber die Festsetzung der Höhe des Entgelts.

Fälle, in denen die Entgeltlichkeit an sich von vornherein vereinbart war, in denen aber erst nachträglich die Festsetzung der Höhe erfolgt.

1. Jemand vereinbart mit einem Bekannten, der gerade mit seinem Fuhrwerk in eine benachbarte Stadt fahren will, daß dieser mittels seines Fahrzeuges einen Gegenstand für ihn nach dort mitnehme, er solle dafür eine Vergütung erhalten, über die Höhe derselben wollten sie sich noch einigen. Nach Ausführung des Transportes erfolgt auch eine solche Einigung.

2. Jemand vereinbart mit einem Klavierlehrer die Erteilung von Unterricht. Ueber ein Entgelt wird zunächst überhaupt nicht gesprochen. Später einigt man sich auf einen bestimmten Satz.

Bei Fällen der erstgenannten Art erfolgt die Arbeitsleistung auf Grund Vertrages nach ausdrücklicher Parteierklärung entgeltlich. Nur die Bestimmung über die Höhe bleibt nachträglicher Regelung vorbehalten. Hier ist der Vertrag von vornherein ein entgeltlicher, denn er enthält bereits die erforderliche Verknüpfung von Arbeitsleistung und Entlohnung.[54]) Gegen die Entgeltlichkeit spricht nicht die Tatsache, daß der Betrag ursprünglich noch nicht ziffernmäßig bestimmt war. Daß dies für die Entgeltlichkeit nicht erforderlich ist, geht schon aus den §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2 BGB hervor. Die spätere Vereinbarung enthält also nicht die Einigung über die Entgeltlichkeit, sondern nur diejenige über die Höhe der Vergütung. Die nachträgliche Vergütung ist hier also unbedingt eine entgeltliche. Wäre die nachträgliche Einigung über die Höhe der Vergütung nicht erzielt worden, so würden in diesen Fällen die in den §§ 612 II, 632 II, 653 II BGB genannten Maßstäbe anzulegen sein.

Ganz ähnlich liegt der Vertrag über den Klavierunterricht. Er unterscheidet sich von dem soeben erwähnten lediglich dadurch, daß hier zwar auch Arbeit vereinbart worden ist, daß aber die Einigung über das Entgelt keine ausdrückliche ist, sondern eine stillschweigende. Insbesondere gilt nach §§ 612 I, 632 I, 653 I BGB eine Vergütung nämlich dann als stillschweigend vereinbart, wenn die Arbeitsleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Das letztere trifft insbesondere dann zu, wenn besondere persönliche Beziehungen zwischen den Parteien fehlen, und der Arbeitnehmer Arbeit dieser Art nur gegen Entgelt zu leisten pflegt. Aber auch wenn ein Entgelt stillschweigend vereinbart war, besteht bereits die erforderliche Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung. Erfolgt nun nachträglich eine Einigung über den Betrag, so kann dies auch hier nur eine solche über die Höhe sein. Auch dann kann also die nachträgliche Vergütung nur eine entgeltliche sein. Wäre die Einigung über die Höhe der Vergütung nicht erfolgt, so würden auch hier die §§ 612 II, 632 II, 653 II BGB anzuwenden sein. Es sei bemerkt, daß die oben erwähnte gesetzliche Vermutung der stillschweigenden Entgeltvereinbarung aber nur dann gilt, wenn es sich um vereinbarte Arbeit handelt. Wo der übrige Tatbestand des Vertrages fehlt, kann die Vermutung nicht Platz greifen.[55]) Ist die Arbeit vielmehr unaufgefordert geleistet worden, so ist die nachträgliche Gewährung einer Vergütung den oben unter I, 1 aufgezeigten Grundsätzen unterworfen. Die Vereinbarung von Arbeit allein genügt aber auch nicht. Damit die Vermutung Platz greife, ist es ferner erforderlich, daß sich nicht

[54]) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 30.
[55]) Vgl. Lotmar S. 124.

aus ausdrücklicher Parteierklärung oder den Umständen ergibt, daß die Arbeit vereinbarungsgemäß unentgeltlich geleistet werden solle. Wäre das der Fall, so würde die nachträgliche Vergütung nämlich nach den oben unter I 2 genannten Gesichtspunkten zu beurteilen sein.

2.

Freiwillige nachträgliche Gehaltserhöhungen, Gratifikationen und Ruhegehälter für geleistete Arbeit.

Fälle, in denen Arbeit von vornherein entgeltlich vereinbart und auch die Höhe des Entgelts genau bestimmt war, nachträglich der Geschäftsherr sich aber entschließt, den Arbeitsleistenden über das ursprünglich vereinbarte Maß hinaus zu entlohnen.

1. Ein junger Rechtsanwalt, der sich soeben erst niedergelassen hat, engagiert einen Bürovorsteher gegen ein monatliches Gehalt von 200.— RM. Da die Praxis bereits nach einem halben Jahre einen beträchtlichen Umfang angenommen hat und gut verdient wird, entschließt er sich, nicht nur das Gehalt des Bürovorstehers für die Zukunft auf 250.— RM. zu erhöhen, sondern diesem auch für die vergangenen sechs Monate die Differenz von 50.— RM. je Monat zu vergüten.

2. Eine Großbank gewährt ihren Angestellten, ohne daß dies ursprünglich vereinbart gewesen wäre, eine Weihnachtsgratifikation.

3. Dem langjährigen Direktor einer Aktiengesellschaft wird bei seinem Austritt aus der Gesellschaft eine lebenslängliche Pension zugesagt.

Zu 1: Daß die Parteien durch Uebereinkunft das Gehalt für die Zukunft erhöhen können, und daß sich diese Vereinbarung als entgeltlicher Abänderungsvertrag gemäß § 305 BGB darstellt, bedarf keiner näheren Erörterung. Wie aber steht es, wenn nachträglich auch die Bezüge für die in der Vergangenheit schon geleisteten Dienste erhöht werden sollen? Die Frage wird in der Literatur nur ganz vereinzelt verwähnt. So sagt Oertmann,[56]) es handele sich nach der Vorstellung der Parteien dabei nicht um unentgeltliche Zuwendungen, sondern um ein erhöhtes Entgelt für die Arbeitsleistung. Auch Bartholdy[57]) führt aus, die Erhöhung müsse noch als Teil des ursprünglichen Entgelts betrachtet werden, denn sie trete sowohl in tatsächliche als auch rechtliche Beziehung mit den Dienstleistungen, die alte causa der Entgeltlichkeit bleibe bestehen, die Vergütung sei also Dienstlohn, nicht Schenkung. An diesen Bemerkungen ist jedenfalls so viel richtig, daß diese Erhöhungen regelmäßig keine Schenkungen sein können, weil es mindestens an der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit fehlen wird. Wieso ist nun die nachträgliche Erhöhung des Entgelts für die schon geleisteten Dienste mit den letzteren zu verknüpfen?

[56]) Arbeitsvertragsrecht S. 148.
[57]) S. 51.

Hier kann nicht etwa angenommen werden, daß die Parteien den alten, totliquidierten Vertrag, der ja schon eine rechtliche Verknüpfung zwischen Dienstleistung und ursprünglich vereinbartem Entgelt enthielt, mit rückwirkender Kraft abänderten. Wie schon oben unter I, 2 dargelegt, könnte es sich dabei nur um eine Fiktion handeln, durch die aber eine Entgeltlichkeit nicht hergestellt werden kann. Auch hier hat vielmehr der Dienstleistende durch die auf Grund des alten Vertrages erfolgte Dienstleistung einen titulus adquirendi erhalten, der die versprochene oder geleistete Vergütung, soweit sie angemessen ist, rechtfertigt, und die erforderliche Beziehung zwischen der Dienstleistung und der nachträglichen Vergütung herstellt. Dadurch wird die Anwendbarkeit der für die unentgeltlichen Zuwendungen geltenden Bestimmungen insbesondere der Schenkungsregeln ausgeschlossen. Das Versprechen einer solchen Vergütung ist infolgedessen formlos gültig. Man kann zur Not auch sagen, daß diese zu einer entgeltlichen Leistung werde, doch ist dies nicht empfehlenswert, denn entgeltlich wird die Leistung doch nur uneigentlich, da das alte Rechtsverhältnis totliquidiert ist. Immerhin hat aber der Empfänger einen besonderen Rechtfertigungsgrund für die Empfangnahme der Leistung für sich anzuführen, eben den titulus adquirendi. So ist zum Beispiel auch die Leistung aus einem formell und materiell gültigen Schenkungsversprechen keine entgeltliche Leistung im eigentlichen Sinne, aber der Empfänger hat den titulus adquirendi. In gleicher Weise wird auch die Empfangnahme einer Leistung auf Grund einer gesetzlichen Unterhaltspflicht durch den titulus adquirendi des Unterhaltsberechtigten juristisch gerechtfertigt. Empfangs- und Behaltungsrecht und Entgeltlichkeit decken sich nicht. Im übrigen liegt, insoweit die nachträgliche Vergütung über das Angemessene hinausgeht, auch hier belohnende Schenkung vor, für die das oben unter I, 1 am Ende Gesagte gilt.

Zu 2: Die nachträglich gewährten Gratifikationen.

Unter einer Gratifikation versteht man eine neben dem Grundgehalt gewährte besondere Zuwendung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, die anläßlich eines bestimmten Ereignisses gezahlt wird, z. B. zu Neujahr oder Weihnachten, zum Bilanzabschluß oder aus Anlaß eines Jubiläums. Eine solche Gratifikation kann von vornherein vertraglich vereinbart sein. In diesem Falle ist sie, das ist nahezu unbestritten, Lohnbestandteil. Uns interessiert hier jedoch nur die ungleich schwieriger zu beantwortende Frage, welcher Rechtsnatur die freiwillige, nachträglich für schon geleistete Arbeit gewährte Gratifikation ist.

Die Ansichten hierüber gehen auseinander. Landsberger[58]) und Horrwitz[59]) sehen die Gratifikation in diesem Falle als Schenkung an.

[58]) S. 306.
[59]) S. 68.

Auch Lehmann-Ring[60]) betrachten sie in der Regel als solche. Andere[61]) dagegen fassen auch die nachträglich gewährte Gratifikation als Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers auf. Nach ihnen ist sie also auch hier nur ein besonders gearteter Teil des Entgelts, der im begrifflichen Gegensatz zur Schenkung steht. Eine dritte Meinung endlich hält dafür, daß die Gratifikation sowohl Schenkung als auch entgeltliches Geschäft sein könne. Kipp[62]) bemerkt, ob sie das eine oder andere sei, hänge von den Umständen ab. Staub[63]) und Richrath[64]) lassen den Willen der Parteien maßgebend sein. Voß[65]) geht bei der Beurteilung der Rechtsnatur der nachträglich gewährten Gratifikationen von der Leistung aus, die ihr als Aequivalent gegenübersteht. Er sieht das Aequivalent für die Gratifikation darin, daß der Arbeitnehmer mehr geleistet habe, als wozu er verpflichtet war. Es handele sich also um Leistungen, die das Normalmaß des vertraglich zu Beanspruchenden überschritten hätten. Die Mehrleistung könne zunächst in der besonders treuen und gewissenhaften Ausführung der vertraglichen Leistungen bestehen. Des weiteren könnten aber auch irgendwelche Sonderarbeiten, z. B. bei der Inventur oder beim Jahresabschluß, oder auch Mehrarbeiten, z. B. während der Hochsaison, in Betracht kommen. Endlich werde die Gratifikation oft auch als Belohnung für eine längere Dienstzeit und als Ansporn zum Verbleiben in der bisherigen Stellung gegeben. Auf alle diese besonderen Gegenleistungen habe der Arbeitgeber aber keinen Anspruch gehabt, sie seien vom Arbeitnehmer freiwillig und unentgeltlich gemacht worden. Diese unentgeltliche Leistung sei aber mit der späteren Gratifikation durch keinerlei Rechtsband verknüpft, weshalb die Gratifikation grundsätzlich nur Schenkung sein könne. Voss gibt aber zu, daß nicht zu verkennen sei, daß gegenüber diesem Standpunkt im praktischen Rechtsverkehr vielfach eine solche Zuwendung als Entgelt aufgefaßt werde. Er meint daher, die Gratifikation müsse dann entgeltlich sein, wenn die Parteien, nach deren Willen ja die Dienste unentgeltlich geleistet worden seien, später vereinbaren, daß sie entgeltlich sein sollten, denn es müsse ihrem Willen anheimgestellt werden, ob sie die Tatsache, daß die Dienste unentgeltlich geleistet worden seien, auf immer für sich gelten lassen wollten oder nicht. Werde das vereinbart, so stelle sich die Gratifikation als Entgelt für die geleistete Arbeit dar.

Zu diesen Meinungen ist folgendes zu sagen. Auch die nachträglich gewährte Gratifikation ist keine Schenkung. Denn auch bei

---

[60]) Anm. 13 zu § 59 HGB.
[61]) z. B. Titze S. 624; Hueck-Nipperdey S. 212; Kaskel-Dersch S. 182; Anthes S. 682 Anm. 3; Grünbaum S. 8 u. 9; Cahn S. 54; Fuchs S. 8; vgl. ferner RG Bd. 94/324 und 325.
[62]) Anm. 142 zu § 3 Erb.St.G.
[63]) Anm. 34 zu § 59 HGB.
[64]) S. 131.
[65]) S. 8 ff.

ihr fehlt es an der Einigkeit der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Daß ihre Hingabe freiwillig erfolgt, spricht nicht für eine Schenkung, denn Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit sind verschiedene Begriffe. Unzutreffend sind auch die Bemerkungen von Voss, wonach die Gratifikation deshalb grundsätzlich nur Schenkung sein könne, weil die Mehrleistungen an Arbeit, für die sie gegeben werde, unentgeltlich geleistet worden seien und daher die erforderliche rechtliche Verknüpfung zwischen den Mehrleistungen und der Gratifikation grundsätzlich nicht hergestellt werden könne. Dies ist schon deshalb unrichtig, weil solche vertragsgemäß unentgeltlichen Leistungen überhaupt nicht vorliegen. Zunächst hat jede Leistungspflicht einen gewissen Spielraum in die Erleichterung und die Erschwerung, bei dem trotzdem die Aequivalenz gewahrt bleibt. Eine treue und gewissenhafte Ausführung der Vertragspflichten des Arbeitnehmers ist ferner deshalb keine vertragsgemäß unentgeltliche Mehrleistung, weil er hierzu ja schon kraft des entgeltlichen Dienstvertrages verpflichtet ist. Ferner trifft dies nicht zu, wenn die Gratifikation für langjährige Dienste oder zum Ansporn für weiteres Verbleiben geleistet wird. Auch Sonderarbeiten, z. B. bei der Inventur oder beim Jahresabschluß, sind keine vertragsgemäß unentgeltlichen Mehrleistungen, hier handelt es sich vielmehr nur um eine andere Art der Arbeit als die normale, zu deren Vornahme der Arbeitnehmer aber kraft Treu und Glauben und des dem Arbeitgeber durch den entgeltlichen Dienstvertrag zustehenden „Direktionsrechtes" regelmäßig verpflichtet sein wird. Aber auch wenn das im einzelnen Falle wegen Ueberschreitung des Direktionsrechtes nicht der Fall sein sollte, oder wenn wirkliche Mehrarbeit, z. B. Ueberstunden geleistet werden, sind diese nicht unentgeltlich erfolgt, weil hierfür durchweg auf Grund der Tarifverträge oder der Arbeitszeitverordnung besondere Vergütungen zu gewähren sind. Liegen aber Mehrleistungen vor, für die Tarifverträge und Arbeitszeitverordnung nicht in Betracht kommen, so entspricht es keinesfalls dem ganzen Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, nunmehr anzunehmen, sie schlössen einen Vertrag, nach dem die Mehrleistungen unentgeltlich zu erbringen wären. Auch hier wird es regelmäßig an der Einigung über die Unentgeltlichkeit fehlen. Die bei gehäufter dringlicher Arbeit erbrachten wirklichen Mehrleistungen erweisen die Notwendigkeit, zwischen voller Schuld und voller Nichtschuld eine Uebergangsstufe einzuschieben. Das Rechtsleben wird von solchen Uebergangserscheinungen genau so beherrscht wie das ganze organische Leben überhaupt. Diese Uebergangsstufe entspricht der Auffassung der beiden Parteien in solchen Fällen, daß der Arbeitgeber das Mehr an Leistung zwar eigentlich nicht verlangen kann, daß der Arbeitnehmer bei strikter Buchstabenauslegung die Mehrleistung verweigern könnte, daß er aber doch eigentlich den Arbeitgeber nicht im Stich lassen dürfte, die Mehrleistung also zu erbringen hätte. Wie weit da juristisches und sittliches Werturteil ineinander übergehen, wird wohl nie ent-

schieden werden können. Es bietet sich aber in dem titulus adquirendi ein ausreichendes Auskunftsmittel, um auch diese schwankenden Gebilde, soweit es notwendig ist, zu erfassen, denn auch die nachträgliche, für geleistete Arbeit zugebilligte Gratifikation ist, und zwar in allen Fällen, eine juristisch gerechtfertigte Zuwendung. Die Rechtslage ist hier die gleiche wie in den zu Anfang dieses Abschnitts II, 2 besprochenen Fällen. Durch die auf Grund des Dienstvertrages geleistete Arbeit hat der Dienstverpflichtete einen titulus adquirendi erworben, der eine Gratifikation gerechtfertigt erscheinen läßt. Auch sie ist daher den Regeln über die unentgeltlichen Zuwendungen nicht unterworfen, insbesondere also nicht dem § 518 BGB. Dies jedoch wiederum nur insoweit, als sie sich in angemessenen Grenzen hält. Insoweit das nicht der Fall ist, liegt nicht Gratifikation, sondern belohnende Schenkung vor. Die Gratifikation ist also keine Schenkung, sondern von dieser scharf zu trennen. Mit Recht sagt Titze,[66]) daß es nur dann einen Wert habe, den juristisch-technischen Begriff der Gratifikation aufzustellen, wenn er eine Rechtsfigur sei, für die es in der Rechtssprache noch keine andere Bezeichnung gebe. Demgemäß sind unter Gratifikation nur die besonderen Zuwendungen zu verstehen, die anläßlich eines bestimmten Ereignisses dem Arbeitnehmer neben dem Grundgehalt gezahlt werden, und auf die dieser den besonderen, durch frühere Leistungen erworbenen Erwerbstitel hat. Das schließt natürlich nicht aus, daß ganz allgemein Rechtsgeschäfte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getätigt werden können, die in vollem Umfange reine Schenkungen sind. Immer ist dabei aber zu beachten, daß dazu auch die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit erforderlich ist. Diese wird jedoch nur in den allerseltensten Fällen vorliegen. Wird die Extrazuwendung irgendwie mit Bezug auf das Dienstverhältnis und damit zusammenhängende Leistungen gewährt, so wird, falls sie sich in angemessenen Grenzen hält, regelmäßig Gratifikation vorliegen. Reine Schenkung dagegen wird eher anzunehmen sein, wenn Umstände Anlaß der Zuwendung waren, die außerhalb der durch den Dienstvertrag zwischen den Parteien geschaffenen Beziehungen lagen.

Zu 3: Die im Vorstehenden erörterten Gesichtspunkte sind endlich auch dann maßgebend, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nachträglich eine Pension gewährt. Eine Pension (Ruhegehalt) ist eine dauernde, meist in regelmäßig wiederkehrenden Geldleistungen bestehende Vergütung, die dem Arbeitnehmer für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt wird, um ihm im Alter bei Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitsbeschränkung die Lebensführung zu ermöglichen. Von den bisher unter II, 2 besprochenen Vergütungen unterscheidet sie sich also dadurch, daß sie erst für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses geleistet wird. Auch die Gewährung einer Pension interessiert im Rahmen

[66]) S. 623.

unserer Aufgabe dann nicht, wenn sie schon von vornherein vertraglich vereinbart war, — dann ist sie ohne Zweifel Lohnbestandteil —, sondern nur, wenn sie erst nachträglich gewährt wird.

Lotmar[67]) sieht auch eine solche nachträglich versprochene Pension als Schenkung an, und zwar als eine Pflicht- und Anstandsschenkung des § 534 BGB. Dem ist jedoch auch hier entgegenzuhalten, daß dies schon deshalb nicht zutrifft, weil es durchweg an der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit fehlen wird.[68]) Die meisten Schriftsteller fassen die nachträglich versprochene Pension als Gegenleistung für die Arbeitsleistung als entgeltliche Vergütung für die geleisteten Dienste auf.[69]) Eine Sondermeinung vertritt Langenhagen,[70]) der annimmt, durch die nachträgliche Pensionszusage entstehe nach Beendigung des Dienstverhältnisses zwischen Pensionsgeber und Pensionsnehmer ein Treueverhältnis. Als Gegenleistung für die Pension nehme der letztere eine Schweigepflicht und ein Konkurrenzverbot auf sich. Diese Auffassung ist abzulehnen. Langenhagen irrt, wenn er annimmt, die Treuepflicht entstehe erst nach Beendigung des Dienstvertrages, sie entsteht vielmehr schon bei Abschluß des Vertrages und wirkt über das Ende des Vertrages hinaus. So darf zum Beispiel ein Rechtsanwalt nicht nach Beendigung des Dienstvertrages die ihm von seinem Mandaten anvertrauten Privatgeheimnisse preisgeben. Es müßte aber als wirklichkeitsfremd bezeichnet werden, wenn man annehmen wollte, die Parteien betrachteten die auch noch nach Beendigung des Dienstvertrages bestehende Treuepflicht als Gegenleistung für die Pension. Die nachträglich zugesicherte Pension wird vielmehr stets als Gegenwert für die gesamten, meistens lange Jahre hindurch geleisteten treuen Dienste gewährt.

Wenn das Reichsgericht[71]) anführt, daß durch die nachträgliche Zusage einer Pension das Dienstverhältnis für seinen ganzen Bestand von Anfang bis zu Ende durchsetzt werde, so ist damit zwar eine bequeme Vorstellungsweise geschaffen, nicht aber ein juristischer Rechtfertigungsgrund für ihre juristische Standfestigkeit und Unangreifbarkeit, denn hier führt eine Rückwirkung ebensowenig zu einem Ergebnis, wie in den anderen in diesem Abschnitt behandelten Fällen. Der juristische Rechtfertigungsgrund für die unangreifbare Rechtsbeständigkeit des Pensionsversprechens liegt auch hier in dem Erwerbstitel, den der Pensionsnehmer durch die auf Grund des Dienstvertrages erbrachte Leistung erworben hat. Selbstverständlich muß die Pension sich innerhalb normaler Grenzen halten, soweit das nicht der Fall ist, handelt es sich auch hier um eine belohnende Schenkung.

---

[67]) S. 152 Anm. 3.
[68]) Vgl. auch RG in „Recht" 1930 Nr. 2218; Warn. E. 1914 Nr. 317.
[69]) So ohne nähere Begründung: Titze S. 628; Hueck-Nipperdey S. 213; Kipp Anm. 145 zu § 3 Erb.St.G.; Hancke S. 14 und auch wohl Leonhard S. 117.
[70]) S. 12 ff.
[71]) RG Bd. 75/328; vgl. auch RG Bd. 94/159.

Ist nun das Pensionsversprechen ein Leibrentenversprechen, so daß es gemäß § 761 BGB der Schriftform unterworfen ist?

Titze bejaht diese Frage. Er meint, ein Versprechen des Prinzipals an den Angestellten, ihm bis zu seinem Lebensende periodisch wiederkehrende Leistungen zu machen, könne nichts anderes als ein Leibrentenversprechen sein. Daß das Pensionsversprechen entgeltlich sei, mache nichts aus, die Leibrentenverträge des täglichen Lebens seien in der Mehrzahl aller Fälle entgeltliche Verträge. Wie dem Rentenpflichtigen als Gegenleistung eine Kapitalsumme versprochen werden könne, so könnten der Rente als Gegenleistung auch Dienste gegenüberstehen.[72])

Auch Langenhagen[73]) führt aus, bei Pensionsabkommen lägen „in materieller Hinsicht alle Erfordernisse der Leibrente vor".

Die herrschende Lehre und das Reichsgericht verneinen jedoch die oben aufgeworfene Frage mit der Begründung, daß das Ruhegehaltsversprechen „in engstem Zusammenhange mit dem Dienstverhältnis" stehe und „nicht selbständig und unabhängig von den Dienstleistungen erteilt werde". Pensionsversprechen als Leibrentenverträge zu behandeln, widerspreche auch der Verkehrsauffassung, der deshalb für die Begrenzung des Begriffs besondere Bedeutung zukomme, weil das Gesetz eine Begriffsbestimmung der Leibrente nicht gegeben, sie vielmehr der Wissenschaft und Praxis überlassen habe.[74])

Diese Ansicht verdient den Vorzug. Ein Leibrentenversprechen ist eine selbständige Verpflichtung, die dem Berechtigten für die Lebensdauer eines Menschen regelmäßig wiederkehrende, bestimmte Leistungen von Geld oder anderen vertretbaren Sachen einräumt. Wesentlich für die Leibrente ist also ihre Begründung als einheitliches Forderungsrecht, das von den sonstigen Beziehungen und Verhältnissen der Parteien unabhängig ist. Die Pension wird aber nur im Hinblick auf das zwischen den Parteien bestehende Dienstverhältnis gewährt. Die Frage kann also lediglich dahin gestellt werden, ob der Arbeitsvertrag selbst Leibrentenvertrag sein kann. Dies ist aber zu verneinen. Die Leibrente ist, was sich unter anderem aus ihrer systematischen Stellung im Bürgerlichen Gesetzbuche ergibt, eine besondere Vertrags a r t , nicht bloß ein, bei den verschiedenen Rechtsgeschäften vorkommender besonderer Vertrags i n h a l t , etwa eine Modalität der Leistungspflicht. Die Verpflichtung zur Gewährung einer Leibrente kann nun zwar auf einem gegenseitigen Vertrage beruhen, so daß es naheliegt, anzunehmen, daß die Leibrente auch gegen Arbeitsleistung zugesagt werden könne. Wäre dies jedoch möglich, so würde das, wie Lotmar[75]) nachgewiesen hat,

[72]) Titze, S. 629, vgl. auch Eccius S. 15.

[73]) S. 26.

[74]) Vgl. RGR-Komm. § 761 Anm. 5 und ferner Staudinger Bem. 1 c vor § 759 ff; Hueck-Nipperdey S. 131; Kaskel-Dersch S. 184; Hancke S. 14 ff; RG Bd. 94/159; RG Bd. 80/210.

[75]) S. 151, 152.

zu dem unmöglichen Ergebnis führen, daß dann ein großer Teil der Arbeitsverträge, da sie zugleich Leibrentenverträge wären, der Schriftform des § 761 BGB und den Bestimmungen des § 760 BGB unterworfen wären. Man muß hier daher annehmen, daß die Leibrente im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages nicht gegen Arbeitsleistung, sondern nur gegen Kapitalzahlung oder Uebertragung eines Vermögensstückes auf den Rentenschuldner zugesagt werden kann. Dann kann der Arbeitsvertrag und damit die Pension niemals Leibrentenvertrag sein, und nur das führt zu billigen Ergebnissen.

D.

Zusammenfassung

Im Vorstehenden ist versucht worden, folgende hauptsächlichen Ergebnisse zu rechtfertigen, die, soweit sie das geltende Recht betreffen, im Hinblick auf die unter A erörterten Gesichtspunkte der Billigkeit entsprechen dürften:

Im römisch-gemeinen Recht und in den Partikularrechten sind die in Frage kommenden Probleme nicht in erschöpfender Weise geklärt worden.

Nach geltendem Recht ist zu unterscheiden:

1. Hat jemand für einen anderen Arbeit geleistet, ohne vertraglich dazu verpflichtet zu sein, und verspricht oder gewährt ihm der andere nachträglich dafür eine Vergütung, so ist diese entgeltlich, wenn der Arbeitleistende gegen Entgelt tätig werden wollte, denn dann ist in der Arbeitsleistung ein Realangebot auf Abschluß eines Arbeitsvertrages zu erblicken, der durch das Versprechen oder die Leistung der Vergütung zustande kommt. Andernfalls ist die Vergütung belohnende Schenkung. — Die belohnende Schenkung unterliegt den gewöhnlichen Schenkungsregeln, sie fällt aber nicht unbedingt unter § 534 BGB.

2. Ist jemand auf Grund eines Vertrages für einen anderen unentgeltlich tätig geworden, verspricht oder gewährt ihm der andere aber nachträglich gleichwohl eine Entlohnung, so ist, weil der Arbeitleistende durch die auf Grund des Vertrages erbrachte Vorleistung einen Erwerbstitel erhalten hat, die Vergütung juristisch gerechtfertigt und den Vorschriften über die unentgeltlichen Zuwendungen nicht unterworfen, jedoch nur soweit sie sich in angemessenen Grenzen hält. Insoweit das nicht zutrifft, liegt belohnende Schenkung vor.

3. Wenn Arbeit auf Grund eines Vertrages erbracht wird, der den Lohn dem Betrage nach nicht bestimmt, sich aber aus ausdrücklicher Parteierklärung oder den Umständen ergibt, daß sie nur gegen Entgelt geleistet werden solle, so ist eine spätere Einigung über den Betrag nur eine solche über die Höhe. Die nachträgliche Vergütung ist dann immer eine entgeltliche.

4. Wird Arbeit von vornherein auf Grund eines entgeltlichen Vertrages geleistet, der auch die Höhe der Entlohnung festsetzt, aber später für die Vergangenheit der Lohn erhöht, eine Gratifikation gewährt oder nach Beendigung des Vertrages eine Pension zugesagt, so sind alle diese Leistungen juristisch gerechtfertigt und den Vorschriften über die unentgeltlichen Zuwendungen nicht unterworfen, weil der Arbeitleistende durch die auf Grund des Vertrages erbrachte Vorleistung einen Erwerbstitel erhalten hat. Insoweit diese nachträglichen Vergütungen über das Angemessene hinausgehen, liegt auch hier belohnende Schenkung vor. Auch reine Schenkungen sind natürlich aber zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer möglich. — Die Zusage einer Pension enthält kein Leibrentenversprechen.

Freiwillige nachträgliche Vergütungen für geleistete Arbeit können also sein:

1. Reine Schenkungen.
2. Belohnende Schenkungen, die
   a) unter § 534 BGB fallen, oder
   b) nicht unter § 534 BGB fallen.
3. Leistungen auf Grund eines titulus adquirendi.
4. Entgeltliche Leistungen.

Lebenslauf

Am 22. Juli 1911 wurde ich in Menden (Westf.) als Sohn des Fabrikanten Aug. Th. Schulte und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Kiwit geboren. Seit dem Jahre 1915 wohnen wir in Unna (Westf.). Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit, bin arischer Abstammung und katholischer Religion. Von 1917 bis 1921 besuchte ich die Volksschule in Unna und von 1921 bis 1930 das Reform-Real-Gymnasium daselbst, das ich am 10. März 1930 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Im Sommer-Semester 1930 studierte ich Jura und nebenher Fremdsprachen an der Universität Lausanne. In den auf dieses Semester folgenden Ferien lag ich in Paris Sprachstudien ob und bestand dort das französische Sprachexamen. Vom Winter-Semester 1930 bis zum Winter-Semester 1931 einschließlich widmete ich mich an der Universität Bonn, vom Sommer-Semester 1932 bis zum Sommer-Semester 1933 einschließlich an der Universität Münster dem Studium der Rechte. Am 28. Februar 1934 bestand ich vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm das Referendar-Examen mit dem Prädikat „Voll befriedigend". Am 19. März 1934 begann mein Vorbereitungsdienst als Referendar beim Amtsgericht in Unna. Am 11. Juli 1935 bestand ich in Münster die juristische Doktor-Prüfung „Cum laude".